RÉPUBLIQUE ET CANTON DE GENÈVE

POST TENEBRAS LUX

POUVOIR JUDICIAIRE

A/3831/2006 **ATAS/201/2007**

ARRET

DU TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES

Chambre 4

du 28 février 2007

En la cause

Monsieur C_____, domicilié , 74330 LA BALME DE SILLINGY, France, représenté par Monsieur V_____ Arnaud	demandeurs
Monsieur V_____, domicilié , France	

contre

A_____, GENEVE	défenderesse

Siégeant : Juliana BALDE, Présidente; Isabelle DUBOIS et Maya CRAMER, Juges

EN FAIT

1. En date du 18 septembre 2006, Monsieur C_____ a saisi le Tribunal de céans d'une requête visant a ce que la société A_____ SA (ci-après la société), sise à Genève, s'acquitte des cotisations LPP prélevées sur son salaire et lui fournisses une attestation de libre passage en faveur de sa nouvelle caisse de pension.

2. Dans ses écritures complémentaires du 30 octobre 2006, il a expliqué qu'un montant mensuel de 138 fr. 70 avait été prélevé sur son salaire par son ancien employeur. Après avoir quitté la société, il avait demandé une attestation de libre passage pour sa nouvelle caisse de pension, qu'il n'a pas obtenue. Selon les renseignements qu'il a pu obtenir d'ALLIANZ à Genève, rien n'avait été mis en place depuis le début de son contrat.

3. Le 17 novembre 2006, Monsieur V_____ a déposé une demande identique à l'encontre de la société, enregistrée sous le numéro de cause A/4297/2006.

4. Dans sa réponse du 27 novembre 2006, la société, sous la plume de Monsieur H_____, administrateur, a indiqué que dès 2005, une proposition de prévoyance professionnelle avait été communiquée, mais que le changement d'actionnaires et d'administrateurs survenu en mars 2006 avait retardé la mise en place définitive du plan. Suite à la démission de Monsieur C_____, un malentendu s'est instauré entre ce dernier et l'ALLIANZ. Le demandeur a cru comprendre que rien n'avait été fait pour sa LPP. Or, un premier versement de 9'000 fr. a été effectué le 10 août 2006 en faveur d'ALLIANZ. Par la suite, cette dernière a résilié son offre et a remboursé le montant de 9'000 fr. à la société. Selon la société, elle serait en voie de recapitalisation. Elle se déclarait prête à rembourser au demandeur les cotisations prélevées ou à le faire figurer dans sa nouvelle caisse de pension, dès qu'elle sera en mesure de la rétablir.

5. Invité à se déterminer, le demandeur rappelle qu'il était du devoir de son ancien employeur de mettre en place la prévoyance professionnelle et il ne comprend pas que tel n'était pas déjà le cas dès son embauche. Il indique par ailleurs avoir appris par les employés actuels de la société la fermeture de l'entreprise. Pour le surplus, il persiste à demander ce qui lui est dû.

6. Le Tribunal de céans a convoqué les parties en audience de comparution personnelle le 31 janvier 2007, à laquelle la défenderesse s'est excusée le jour même. Le demandeur était représenté par son père, en raison de son absence pour cause de mission à l'étranger. Il a déclaré que son fils avait travaillé dans la société pendant onze mois et que durant cette période, les cotisations LPP ont toujours été déduites de son salaire. A son départ, il a demandé son certificat de libre passage, afin que ses avoirs soient transférés à la Caisse de prévoyance de son nouvel employeur, le CICR, en vain. Il a appris par l'ALLIANZ que l'employeur n'avait

pas payé l'acompte prévu par l'offre, soit 19'000 fr. au 7 juin 2006, de sorte que l'ALLIANZ a résilié la proposition. Le père du demandeur a déclaré que son fils souhaitait récupérer ce qui lui a été retiré, ainsi que la part de l'employeur.

A l'issue de l'audience, le Tribunal a convoqué les parties à une nouvelle audience de comparution personnelle fixée au le 21 février 2007.

7. Par courrier du 6 février 2006, la société a informé le Tribunal de céans qu'elle avait versé la somme de 1'727 fr. sur le compte du demandeur. Ce montant représente la totalité des sommes prélevées, augmentée des intérêts calculés sur la base d'un taux annuel de 6 %. La société déclare regretter cette situation et considère que ce versement n'est que la juste réparation du préjudice qu'elle a involontairement causé au demandeur.

8. La société n'était pas représentée lors de l'audience du 21 février 2007. Le demandeur, qui a comparu personnellement, a confirmé avoir reçu le versement de 1'727 fr. Il a déclaré cependant qu'il pensait avoir droit aussi à une part des versements de l'employeur et ne savait s'il avait droit à percevoir ce montant ou si cet argent devait être versé à l'institution de prévoyance. Il avait apporté cette somme en espèces et s'est dit prêt à la restituer à la société. Selon les dernières nouvelles, la société n'avait plus de salarié, ni d'activité. Le demandeur a persisté dans ses conclusions, souhaitant que les choses se fassent légalement et ses cotisations LPP, ainsi que la part employeur le cas échéant, soient transmises à sa nouvelle institution de prévoyance, la Caisse de pension du CICR. Il a informé le Tribunal de son départ en mission pour le Congo, de sorte que Monsieur Arnaud V_____ le représentera dans la procédure.

9. Entendu le même jour par le Tribunal de céans, Monsieur V_____ a déclaré avoir pris connaissance de la proposition formulée au nom de la société par Monsieur H_____ consistant à lui restituer les cotisations LPP prélevées sur son salaire. Il a indiqué qu'il n'était pas d'accord avec cette façon de faire et souhaitait que les cotisations LPP, y compris la part employeur le cas échéant, soient versées sur un compte bloqué. Le demandeur a relevé qu'il avait fait des recherches auprès de la caisse de compensation FER CIAM à laquelle la société était affiliée, afin de vérifier si les cotisations AVS le concernant avaient été payées, ce qui était le cas pour l'année 2005. S'agissant des cotisations AVS de l'année 2006, il apparaît cependant que la société était aux poursuites. Il a persisté dans ses conclusions et confirmé qu'il représentera Monsieur C_____ dans la présente procédure.

10. A l'issue de l'audience, le Tribunal a joint la procédure A/4297/2006 à la cause A/3831/2006 et gardé la cause à juger. Les procès-verbaux d'audiences ont été communiqués à la société le 22 février 2007.

EN DROIT

1. La loi genevoise sur l'organisation judiciaire (LOJ) a été modifiée et a institué, dès le 1er août 2003, un Tribunal cantonal des assurances sociales, composé de 5 juges, dont un président et un vice-président, 5 suppléants et 16 juges assesseurs (art. 1 let. r et 56 T LOJ).

   Suite à l'annulation de l'élection des 16 juges assesseurs, par le Tribunal fédéral le 27 janvier 2004 (ATF 130 I 106), le Grand Conseil genevois a adopté, le 13 février, une disposition transitoire urgente permettant au Tribunal cantonal des assurances sociales de siéger sans assesseurs à trois juges titulaires, ce, dans l'attente de l'élection de nouveaux juges assesseurs.

2. Conformément à l'art. 56V al. 1 let. b LOJ, le Tribunal cantonal des assurances sociales connaît en instance unique des contestations relatives à la prévoyance professionnelle opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit, y compris en cas de divorce, ainsi qu'aux prétentions en responsabilité [art. 331 à 331e du code des obligations (CO) ; art. 52, 56a, alinéa 1, et 73 de la loi fédérale sur la prévoyance professionnelle, vieillesse, survivants et invalidité du 25 juin 1982 (LPP) ; art. 142 code civil (CC)].

3. Aux termes de l'art. 73 al. 1 LPP, chaque canton désigne un tribunal qui connaît, en dernière instance cantonale, des contestations opposant institutions de prévoyance, employeurs et ayants droit.

   Cette disposition s'applique d'une part aux institutions de prévoyance enregistrées de droit privé ou de droit public – aussi bien en ce qui concerne les prestations minimales obligatoires qu'en ce qui concerne les prestations s'étendant au-delà (art. 49 al. 2 LPP) – et, d'autre part, aux fondations de prévoyance en faveur du personnel non enregistrées, dans le domaine des prestations qui dépassent le minimum obligatoire (art. 89 bis al. 6 CC ; ATF 122 V 323 consid. 2a).

   La compétence des autorités visées par l'art. 73 LPP est doublement définie. Elle l'est, tout d'abord, quant à la nature du litige : il faut que la contestation entre les parties porte sur des questions spécifiques de la prévoyance professionnelle, au sens étroit ou au sens large. Ce sont donc principalement des litiges qui portent sur des prestations d'assurance, des prestations de libre passage (actuellement prestations d'entrée ou de sortie) et des cotisations. En revanche, les voies de droit de l'art. 73 LPP ne sont pas ouvertes lorsque la contestation a un fondement juridique autre que le droit de la prévoyance professionnelle, même si elle devait avoir des effets relevant du droit de ladite prévoyance (ATF 125 V 168 consid. 2, 122 V 323 consid. 2b et les références).

La compétence des juridictions désignées à l'art. 73 LPP est ainsi donnée lorsque le litige oppose employeur et employé et soulève une question spécifique, au sens étroit ou au sens large, du droit de la prévoyance professionnelle. Une contestation entre un employeur et un ayant droit peut porter, en particulier, sur le versement des cotisations par l'employeur à l'institution de prévoyance (art. 66 al. 2 et 3 LPP). Dans un tel cas, ce ne sont pas les juridictions des prud'hommes qui sont compétentes, mais le juge désigné en vertu de l'art. 73 LPP, même si la question de l'existence d'un contrat de travail entre les parties doit être tranchée à titre préjudiciel (ATF 120 V 29 consid 2 et les références). Cela ne concerne pas seulement le montant des cotisations mais aussi le principe de l'obligation de cotiser, que celle-ci découle du contrat de travail ou du droit public (RIEMER, Das Recht der berufliche Vorsorge in der Schweiz, p. 127).

Conformément à l'art. 73 al. 3 LPP, le for est au siège ou domicile suisse du défendeur ou au lieu de l'exploitation dans laquelle l'assuré a été engagé. Les décisions des tribunaux cantonaux peuvent être déférées au Tribunal fédéral des assurances par la voie du recours de droit administratif (art. 73 al. 4 LPP).

En l'occurrence, le litige oppose les demandeurs à leur ancien employeur, dont le siège social est à Genève, à propos des cotisations LPP que ce dernier a prélevées sur leurs salaires, sans les reverser à une institution de prévoyance. Ils concluent au transfert de leurs avoirs de prévoyance à la caisse de pension de leur nouvel employeur, respectivement sur un compte bloqué.

La compétence rationae loci et materiae du Tribunal de céans pour juger du cas d'espèce est ainsi établie.

4. Les actions prévues à l'art. 73 LPP ne sont soumises à aucun délai (ATA D. du 1er février 1994) ; elles se prescrivent cependant par cinq ans lorsqu'elles portent sur des cotisations ou des prestations périodiques et par dix ans dans les autres cas. Les articles 129 à 142 du Code des obligations – CO sont applicables (art. 41 al. 1 LPP).

   Lorsque le débiteur reconnaît l'existence de sa dette expressément ou par acte concluant, la prescription est interrompue (art. 135 ch. 1 CO) ; il en va de même lorsque le créancier fait valoir ses droits par une action devant un tribunal ou des arbitres (art. 135 ch. 2 CO).

   Les demandeurs ont en l'espèce agi en temps utile, dès lors qu'ils ont saisi le Tribunal de céans les 18 septembre et 17 novembre 2006 d'une requête en paiement de cotisations relatives aux années 2005 et 2006.

5. Il appert de la partie en fait qui précède ainsi que des pièces produites par les demandeurs, qu'ils ont a travaillé au service de la défenderesse du 1er septembre 2005 au 31 juillet 2006 s'agissant de Monsieur C_____, du 1er août 2005 au

31 octobre 2006 s'agissant de Monsieur V_____, ce que la défenderesse ne conteste pas. Les demandeurs ont dès lors la qualité d'ayants droit au sens de l'art. 73 LPP. Il résulte par ailleurs des fiches de salaires produites que les retenues AVS et LPP ont été effectuées par la défenderesse.

Selon l'art. 2 al. 1 LPP, sont soumis à l'assurance obligatoire les salariés qui ont plus de 17 ans et reçoivent d'un même employeur un salaire annuel supérieur au montant limite fixé à l'art. 7 LPP (actuellement 25'320 francs, selon l'art. 5 de l'O du 18 avril 1984 sur la prévoyance professionnelle vieillesse, survivants et invalidité - OPP 2 -, dans sa teneur du 30 octobre 2002 en vigueur dès le 1er janvier 2003). L'assurance obligatoire commence en même temps que les rapports de travail (art. 10 al. 1 LPP, première partie de la phrase). Lorsqu'un salarié est occupé par un employeur moins d'une année, son salaire annuel est réputé celui qu'il obtiendrait en travaillant toute l'année (art. 2 OPP 2). Conformément à la délégation de compétence que lui confère l'art. 2 al. 2 LPP, le Conseil fédéral a défini, à l'art. 1er OPP 2, certaines catégories de salariés qui, pour des motifs particuliers, ne sont pas soumis à l'assurance obligatoire. Sont ainsi exclus du cercle des assurés, les salariés engagés pour une durée limitée ne dépassant pas trois mois (art. 1 al. 1 let. b 1ère phrase OPP 2).

Au vu de ce qui précède, les demandeurs, engagés par la défenderesse pour une durée supérieure à trois mois, sont soumis à l'assurance obligatoire. Le Tribunal de céans relève à cet égard que la proposition de la défenderesse de rembourser aux demandeurs les cotisations LPP prélevées sur leurs salaires est contraire à la loi. En conséquence, l'employeur n'est pas libéré par le paiement du montant de 1'727 fr. en mains de Monsieur C_____.

6. Conformément à l'art. 11 al. 1 LPP, tout employeur occupant des salariés soumis à l'assurance obligatoire doit être affilié à une institution de prévoyance inscrite dans le registre de la prévoyance professionnelle. L'employeur est débiteur auprès de l'institution de prévoyance de la totalité des cotisations dues par lui-même et par l'ensemble de ses employés (art. 66 al. 1 et 2 LPP).

Si l'employeur n'est pas encore affilié à une institution de prévoyance, il en choisira une après entente avec son personnel; faute d'entente, l'institution de prévoyance sera choisie par un arbitre neutre désigné soit d'un commun accord, soit, à défaut, par l'autorité de surveillance (art. 11 al. 2 LPP). L'affiliation a lieu avec effet rétroactif (al. 3).

Les caisses de compensation de l'AVS s'assurent que les employeurs qui dépendent d'elles sont affiliés à une institution de prévoyance, et font rapport à l'autorité cantonale de surveillance (cf. art. 11 al. 4 LPP). Si l'employeur ne se conforme pas à son obligation, l'autorité cantonale de surveillance le somme de s'affilier dans les six mois à une institution de prévoyance; à l'expiration de ce délai, l'employeur qui

n'a pas obtempéré à cette injonction est annoncé à l'institution supplétive (art. 60 LPP), pour affiliation (art. 11 al. 5 LPP).

7. En l'espèce, il résulte des pièces du dossier que la défenderesse n'était pas affiliée à une institution de prévoyance pour son personnel salarié. En effet, faute de paiement de l'acompte requis par la Fondation collective LPP de l'ALLIANZ Société d'Assurances sur la Vie dans le délai imparti au 7 juin 2006, l'institution de prévoyance a résilié son offre et restitué le montant de 9'000 fr. que lui avait versé la défenderesse en août 2006.

   A ce jour, la défenderesse n'a entrepris aucune démarche concrète en vue de s'affilier auprès d'une institution de prévoyance et la caisse de compensation FER-CIAM, auprès de laquelle elle est affiliée, ne l'a pas annoncée à l'autorité cantonale de surveillance (art. 9 al. 3 OPP2). Il semblerait par ailleurs que la société défenderesse n'aurait plus de salarié, ni d'activité.

   Selon l'art. 2 de l'Ordonnance sur les droits de l'institution supplétive en matière de prévoyance professionnelle du 28 août 1985, si un salarié a droit légalement à une prestation d'assurance ou de libre passage à un moment où son employeur n'est encore affilié à aucune institution de prévoyance, cet employeur se trouve affilié de par la loi à l'institution supplétive pour l'ensemble des salariés assujettis au régime obligatoire.

   Tel est le cas en l'occurrence, dès lors que les demandeurs ont quitté l'entreprise et qu'ils réclament leur prestation de libre passage. Cela étant, ce n'est pas à l'employeur de leur délivrer l'attestation de libre passage, mais à l'institution de prévoyance, soit, en l'occurrence, l'institution supplétive.

   Au vu de ce qui précède, la demande sera partiellement admise.

7. En ce qui concerne les frais et dépens de la cause, l'art. 73 al. 2 LPP précise que les cantons doivent prévoir une procédure simple, rapide et, en principe, gratuite. L'art. 89H al. 1 de la loi sur la procédure administrative du 12 septembre 1985 (LPA) prévoit quant à lui que la procédure est gratuite pour les parties.

***

PAR CES MOTIFS,
LE TRIBUNAL CANTONAL DES ASSURANCES SOCIALES :

Statuant

(conformément à la disposition transitoire de l'art. 162 LOJ)

A la forme :

1. Déclare la demande recevable.

Au fond :

2. L'admet partiellement.

3. Constate l'affiliation de par la loi de la société A_____ à l'institution supplétive.

4. Condamne A_____ à verser les cotisations LPP légales à la Fondation institution supplétive.

5. Dit que la procédure est gratuite.

6. Informe les parties de ce qu'elles peuvent former recours contre le présent arrêt dans un délai de 30 jours dès sa notification auprès du Tribunal fédéral (Schweizerhofquai 6, 6004 LUCERNE), par la voie du recours en matière de droit public, conformément aux art. 82 ss de la loi fédérale sur le Tribunal fédéral du 17 juin 2005 (LTF); le mémoire de recours doit indiquer les conclusions, motifs et moyens de preuve et porter la signature du recourant ou de son mandataire ; il doit être adressé au Tribunal fédéral par voie postale ou par voie électronique aux conditions de l'art. 42 LTF. Le présent arrêt et les pièces en possession du recourant, invoquées comme moyens de preuve, doivent être joints à l'envoi.

La greffière	La présidente
Sylvie CHAMOUX	Juliana BALDE

Une copie conforme du présent arrêt est notifiée aux parties ainsi qu'à l'Office fédéral des assurances sociales par le greffe le

et est communiquée à la FER-CIAM ainsi qu'à la Fondation institution supplétive LPP, avenue du Théâtre 1, à Lausanne, et transmet à cette dernière en même temps copie des pièces produites